

determinar un domicilio de notificaciones alternativo en que pudiera ser notificada personalmente. Ello le hubiera llevado, sin mayor esfuerzo, a una correcta determinación del domicilio del recurrente, tal como se verifica con la aparente normalidad con la que en vía de ejecución se accedió a dichos datos para la notificación de la providencia de apremio.

Para el restablecimiento de los derechos vulnerados resulta necesaria la anulación de la resolución administrativa sancionadora, de la dictada en vía ejecutiva para hacer efectiva la liquidación de la multa y de la resolución judicial impugnada, sin que, por tanto, resulte necesario pronunciarse sobre las vulneraciones imputadas a la Sentencia impugnada.

FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido

Otorgar a don Manuel García Lahoz el amparo solicitado y, en consecuencia:

1.º Reconocer su derecho a la defensa y a ser informado de la acusación (art. 24.2 CE).

2.º Declarar la nulidad de la Resolución del Alcalde del Ayuntamiento de Granada de 9 de diciembre de 2003, dictada en el expediente núm. 18326-2003, y de la providencia de apremio del tesorero municipal del Ayuntamiento de Granada de 27 de abril de 2004, dictada en el expediente núm. 673.799, así como de la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 2 de Granada de 1 de febrero de 2005, dictada en el procedimiento abreviado núm. 167-2004.

Publíquese esta Sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid, a veintisiete de octubre de dos mil ocho.—María Emilia Casas Baamonde.—Jorge Rodríguez-Zapata Pérez.—Manuel Aragón Reyes.—Pablo Pérez Tremps.—Firmado y rubricado.

18802 *Sala Primera. Sentencia 129/2008, de 27 de octubre de 2008. Recurso de amparo 4615-2005. Promovido por don Sebastián de Pasqual Coll respecto a las Sentencias de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo y de la Audiencia Provincial de Barcelona que le condenaron por un delito contra la hacienda pública.*

Supuesta vulneración de los derechos a la presunción de inocencia y a la legalidad penal: condena por delito de defraudación a la hacienda pública por negocio simulado, sin utilizar el concepto de fraude de ley tributaria (STC 120/2005); apreciación sobre la prescripción del delito que tutela la libertad personal (STC 63/2005).

La Sala Primera del Tribunal Constitucional, compuesta por doña María Emilia Casas Baamonde, Presidenta; don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, don Manuel Aragón Reyes y don Pablo Pérez Tremps, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 4615-2005, promovido por don Sebastián de Pasqual Coll, representado por el Procurador de los Tribunales don José Manuel de Dorremochea Aramburu y asistido por el Abogado don Pablo Molins Amat, contra la Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo 643/2005, de 19 de mayo, desestimatoria del recurso de casación contra la Sentencia de la Sección Décima de la Audiencia Provincial de Barcelona de 30 de julio de 2003 (procedimiento abreviado 49-2000), condenatoria por delito contra la hacienda pública. Ha sido parte el Abogado del Estado, en la representación que ostenta, y ha intervenido el Ministerio Fiscal. Ha sido Ponente la Presidenta doña María Emilia Casas Baamonde, quien expresa el parecer de la Sala.

I. Antecedentes

1. Mediante escrito registrado en este Tribunal el día 21 de junio de 2005, el Procurador de los Tribunales don José Manuel de Dorremochea Aramburu interpone recurso de amparo en nombre de don Sebastián de Pasqual Coll contra las Sentencias mencionadas en el encabezamiento.

2. Los hechos relevantes para el examen de la pretensión de amparo son, sucintamente relatados, los siguientes:

a) En el marco de las diligencias previas 2113-1997, incoadas por el Juzgado de Instrucción núm. 11 de Barcelona el día 19 de junio de 1997, se dictó el día 1 de julio de 1997 Auto de admisión de querrela. En el mismo se señalaba que los hechos denunciados podían ser constitutivos de un delito contra la hacienda pública y se disponía la toma de declaración del demandante de amparo en calidad de imputado.

b) Este procedimiento dio lugar a la Sentencia de la Sección Décima de la Audiencia Provincial de Barcelona de 19 de noviembre de 2001 en la que se fallaba la absolución de los acusados por prescripción del delito del que se les acusaba, pues «trayendo a colación de nuevo la fecha *a quo* de 20 de junio de 1992», que es la «fecha en que finalizó el periodo voluntario de ingreso de la cuota tributaria», «la liquidación provisional verificada por la Inspección de Finanzas no se practica hasta el informe del 10 de abril de 1997, vencido pues con creces el término de cuatro años del art. 64 LGT». Se apoya para ello en la STS 1629/2001, de 10 de octubre: «si han transcurrido los cuatro años dentro de los que la Administración estaba facultada para determinar la deuda, no será posible la iniciación del procedimiento, pues no se contará con el presupuesto del mismo».

c) La Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo 404/2003, de 21 de marzo, anuló la Sentencia de instancia, con devolución de actuaciones para el dictado de otra que rechazara la excepción de prescripción y que resolviera las cuestiones de fondo del caso. *Ratio decidendi* de la resolución era la de que el plazo de cuatro años del art. 64 LGT se refiere a la «facultad administrativa de liquidación de un tributo», mientras que el plazo penal de prescripción, de cinco años, se refiere «a una materia distinta: la extinción de la responsabilidad penal».

Contra esta Sentencia promovió el recurrente un incidente de nulidad de actuaciones y un recurso de amparo, inadmitido mediante providencia de la Sección Primera de 13 de octubre de 2003, por falta de agotamiento de la vía judicial [art. 51.1 a) en relación con el art. 44.1 a) LOTC]. Contra el Auto desestimatorio de la nulidad de actuaciones (Auto de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 12 de junio de 2003) interpuso un nuevo recurso de amparo, que

fué inadmitido mediante providencia de la Sección Primera de 25 de noviembre de 2003, por falta de agotamiento de la vía judicial [art. 51.1 a) en relación con el art. 44.1 a) LOTC] de la queja atinente al derecho a la presunción de inocencia y por falta manifiesta de contenido constitucional [art. 50.1 c) LOTC] respecto al resto de las quejas.

d) La Sentencia de la Sección Décima de la Audiencia Provincial de Barcelona de 30 de julio de 2003 condenó al demandante de amparo a las penas de nueve meses de prisión, 160.000 euros de multa, y tres años de privación de la posibilidad de obtener subvenciones públicas o crédito oficial y del derecho a gozar de beneficios o incentivos fiscales, por la autoría de un delito de defraudación fiscal. La condena incluía una indemnización, conjunta y solidaria de los dos condenados, de 158.229,14 euros a la hacienda pública.

El relato de hechos probados describía, en síntesis, que el acusado, que ostentaba el 29 por 100 del capital social de una sociedad que había obtenido importantes beneficios y que tributaba en régimen de transparencia fiscal, «ideó un plan para burlar sus obligaciones fiscales». Y así, «los socios de la entidad, quienes habían percibido ya anticipadamente la práctica totalidad de los dividendos del ejercicio, transmitieron la totalidad de las acciones a la empresa Pinyer, S.A. ... por el importe de su valor nominal... Mediante la citada operación pretendía Sebastián de Pasqual sustraerse de sus elevadas obligaciones tributarias, toda vez que la entidad adquirente de la totalidad de las acciones, Pinyer S.A., aparecería como obligada a tributar en su declaración del Impuesto de Sociedades». Esta sociedad mantenía «importantes bases imponibles negativas en ejercicios anteriores» que compensarían «la nueva obligación fiscal». «La citada compraventa constituía el vehículo de la estratagema defraudatoria, operación que, enteramente simulada, carecía de toda lógica comercial habida cuenta que la adquisición versaba sobre ente societario que presentaba una importante deuda fiscal y que carecía de activos fuera del quehacer profesional de sus socios anteriores». Conforme al plan proyectado, «la entidad Pinyer S.A. asumió en su declaración del Impuesto de Sociedades correspondiente a la anualidad de 1990 la globalidad de los antes mencionados beneficios, procediendo a la aludida compensación con las cuantiosas pérdidas acumuladas de ejercicios anteriores. Por su parte, el acusado Sebastián de Pasqual omitió toda referencia en su declaración del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas a la suma correspondiente al porcentaje de su participación en los repetidos dividendos, produciéndose así la elusión de la cuota de 26.327.114 ptas. que debería haber satisfecho a la Hacienda Pública».

Tras reseñar que «los hechos referidos en el *factum*... no son discutidos por ninguna de las partes» (FD 4), y tras subrayar la diferencia entre la figura del fraude de ley y la del negocio jurídico simulado, argumenta la Sentencia que «para cualquier tercero, fuese persona física o como en el supuesto de autos jurídica, la adquisición de la totalidad de las acciones comportaba una inversión patrimonial nefasta desde el momento en que mediante el desembolso del precio de las acciones se asumían importantes deudas tributarias. Lo decididamente antieconómico de la operación y el hecho, determinante, que la entidad adquirente arrastraba importantes saldos negativos (no inmediatos a la fecha sino desde varios años atrás) es lo que por vía de la inferencia determina que la Sala aprecie la simulación contractual» (FD 6).

e) Mediante Sentencia 643/2005, de 19 de mayo, la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo desestima el recurso de casación interpuesto por el demandante de amparo. De su fundamentación interesa destacar lo siguiente a los efectos del presente proceso:

1) En relación a la vulneración del derecho a la presunción de inocencia destaca que «[e]l carácter antieco-

nómico de la operación es un dato absolutamente racional derivado de las pruebas válidas no afectadas por vulneración de derechos fundamentales» (FD 3).

2) En cuanto a la infracción el art. 25.1 CE, señala que «[l]a opción por el régimen de transparencia fiscal en determinadas sociedades exige, como contraprestación, una absoluta lealtad en los contribuyentes que se acogen a esta modalidad tributaria... Cualquier artificio destinado a sustituir, sin causa o justificación alguna, la obligación asumida por otra más beneficiosa y, a su vez, más onerosa para el erario público, debe estar sólidamente justificada por situaciones de estado de necesidad en los que la antijuridicidad de la conducta pueda ser justificada. Fuera de este supuesto excepcional... cualquier operación que evite el pago por parte del contribuyente de la carga tributaria que ha asumido voluntariamente, es una operación típica de elusión de impuestos, sancionada penalmente si supera las barreras cuantitativas señaladas en los diversos tipos penales que se han sucedido en el tiempo. Esta manipulación se ha producido en el caso presente» (FD 4). Así, «el Derecho penal no puede admitir artificios o trampas que puedan enmascararse bajo lo que, eufemísticamente, se conoce como ingeniería financiera o tributaria que, en definitiva, no es otra cosa que elevar el fraude y el engaño a la categoría de arte o ciencia matemática. Aplicando las más generosas teorías de la causa en los negocios jurídicos, es evidente que su realidad no aparece por ningún sitio... En definitiva, el elemento defraudatorio o el ánimo de engañar eludiendo el pago de los impuestos está claro en la realidad narrada en el hecho probado y en el substrato que se encuentra en los verdaderos fines de la operación» (FD 5).

3) En relación con la prescripción y el *dies a quo* de su cómputo, afirma la Sentencia del Tribunal Supremo que «[l]a cesión de las acciones... a la sociedad Pinyer es una pura ficción jurídica absolutamente nula e ineficaz» y que «[e]l señor Pasqual como obligado tributario por el régimen de transparencia fiscal nunca perdió esa condición por lo que tenía de plazo hasta el 20 de junio de 1992 para arreglar sus cuentas con Hacienda... Al tratarse del impuesto de la renta de las personas físicas de cantidades imputables al año 1991 el momento en que debía hacerse la declaración-liquidación es el que determina la consumación del delito a partir del cual se comienza a contar el plazo o período de prescripción». Respecto a «la interrupción del plazo de prescripción comienza con la presentación de la querrela del Ministerio Fiscal en el Juzgado de guardia con fecha 17 de junio de 1997», aunque, en todo caso, «la resolución judicial que acuerda incoar diligencias previas interrumpe la prescripción, siendo indiferente que la *notitia criminis*, es decir, el conocimiento de hechos delictivos que se atribuyen a personas o grupos perfectamente identificados, revista la forma de denuncia o de querrela ya que lo relevante es la existencia de una resolución judicial que reviste la forma de Auto, en cuanto que tiene antecedentes de hecho, fundamentos jurídicos y parte dispositiva y contra el mismo cabe el recurso de reforma. Este Auto contiene la decisión judicial de investigar el hecho y perfilar la participación del denunciado o querrelado. No se puede hacer de peor condición al querrelante que asume una costosa carga para poner en marcha el proceso, que al denunciante que limita su actuación a una manifestación oral o escrita. No creemos que se pueda mantener, en estos tiempos, que la única forma de dirigir el procedimiento contra el culpable pase necesariamente por un procesamiento o por su imputación formal en el momento de la calificación de los hechos». Por consiguiente, «el Auto, de 19 de junio de 1997, puso fin al plazo de prescripción de cinco años, según la interpretación del artículo 132.2 del Código Penal que viene realizando la última línea jurisprudencial de esta Sala» (FD 10).

3. La demanda de amparo solicita la anulación de las Sentencias recurridas en cuanto vulneradoras de los derechos fundamentales del recurrente a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), a la legalidad penal (art. 25.1 CE) y a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE). Forma parte también del *petitum* de la demanda el planteamiento de la autocuestión de inconstitucionalidad del art. 132.2 CP.

a) En la primera de las quejas se invoca como vulnerado el derecho a la presunción de inocencia. Alega la representación del recurrente que «la inferencia que pretende derivar del supuesto carácter antieconómico de una operación su carácter simulado es una inferencia extremadamente abierta, que no permite excluir otras alternativas, en particular la del fraude de ley», que en realidad «es la única que resulta compatible con los hechos probados». Se trata de una inferencia que parte de un solo indicio, cuyo contenido es además discutido en la demanda, «pues la adquisición de una sociedad por el valor nominal de sus acciones no puede considerarse, en sí, antieconómica», sin que tampoco adquiriera tal carácter la operación la importante carga tributaria de la sociedad adquirida en la medida en la que la sociedad adquirente «tenía importantísimas pérdidas acumuladas, con las que podía compensar sobradamente tal carga». Además, «es una inferencia contradictoria con el conjunto de hechos probados, que ponen de relieve la existencia real de la operación traslativa de dominio y, además, que en el relato de hechos no cabe apreciar ocultación alguna. Finalmente, es una inferencia incompatible con el propio concepto de simulación acogido en la sentencia del Tribunal Provincial y con su propia calificación de la operación de adquisición de las acciones por mi defendido», quien antes de la operación enjuiciada había adquirido junto con otros las acciones de Círculo, la sociedad luego adquirente, por su valor nominal.

b) La segunda de las quejas tiene por contenido el derecho a la legalidad penal. «La apreciación de la concurrencia del tipo delictivo de defraudación tributaria requiere la concurrencia de una ocultación o, al menos, la infracción de deberes tributarios, sin que sea suficiente la producción de una merma de ingresos a la Hacienda Pública mediante cualquier estratagema. En el caso de negocio en fraude de ley no tiene lugar ocultación alguna, ni infracción de deberes tributarios, sino simple utilización de mecanismos legales (en el caso, régimen de las sociedades transparentes así como la compensación de pérdidas) para conseguir un efecto de aminoración de la tributación. La inclusión de los negocios realizados en fraude de ley en el tipo del art. 349 CP1973 es constitutiva de analogía *in malam partem*». Esta sería la doctrina de la STC 120/2005, de 10 de mayo, a la que se opondrían afirmaciones de la Sentencia recurrida del Tribunal Supremo, tales como las relativas a la punibilidad «de cualquier artificio destinado a sustituir... la obligación asumida por otra más beneficiosa» o a que «cualquier operación que evite el pago por parte del contribuyente de la carga tributaria que ha asumido voluntariamente es una operación típica de elusión de impuestos».

c) La «inaplicación de la causa de extinción de responsabilidad criminal de la prescripción» sería el origen, en fin, de dos nuevas vulneraciones de derechos fundamentales: a la tutela judicial efectiva y a la legalidad penal. A la tutela judicial efectiva, porque la determinación de la fecha de comisión del delito es una cuestión de hecho que al Tribunal Supremo no corresponde determinar, «usurpando las competencias del Tribunal de instancia en materia de valoración de la prueba». A la legalidad penal, porque «la interpretación de que la prescripción del delitos la interrumpió el Auto de incoación de diligencias previas» extiende «más allá de su tenor literal y, sobre todo, de sus bases axiológicas, el art. 114 CP 1973», y se hace además sin motivación suficiente. Alega al respecto

la demanda la inseguridad jurídica generada por la Sentencia del Tribunal Supremo al considerar también como interruptor del plazo de prescripción la mera interposición de la denuncia o de la querrela; que, frente a lo que exigiría la STC 63/2005, de 14 de marzo, el Auto de incoación de diligencias previas carecía de todo contenido material y no fue notificado al recurrente; y, finalmente, que los arts. 114 del Código penal anterior y 132.2 del vigente han sido objeto de interpretaciones muy divergentes, lo que haría necesario el planteamiento de su constitucionalidad por parte de este Tribunal.

4. Mediante providencia de 19 de marzo de 2007, la Sección Segunda de este Tribunal acuerda admitir a trámite la demanda de amparo y, conforme a lo previsto en el art. 51 LOTC, requerir de los órganos judiciales correspondientes testimonio de las actuaciones del procedimiento que origina el presente recurso, interesando al mismo tiempo el emplazamiento de quienes fueron parte en el mismo.

5. En la misma providencia se acuerda la formación de la pieza separada de suspensión, que finaliza con el Auto 248/2007, de 22 de mayo. Esta resolución de la Sala Primera acuerda la suspensión de la ejecución de las Sentencias recurridas en lo referente a la pena privativa de libertad y a la accesoria de privación del derecho de sufragio.

6. Mediante diligencia de ordenación de la Secretaría de Justicia de la Sala Primera de 28 de junio de 2007, la Sección Segunda de este Tribunal tiene por recibido el testimonio de las actuaciones que había requerido, tiene por personado y parte al Abogado del Estado en la representación que ostenta, y acuerda dar vista de todas las actuaciones del presente recurso de amparo al Ministerio Fiscal y a las partes, con concesión de un plazo de veinte días para la presentación de las alegaciones previstas en el artículo 52.1 LOTC.

7. El Ministerio Fiscal concluye su escrito de alegaciones, de 11 de septiembre de 2007, interesando la denegación del amparo solicitado:

a) En relación con la queja atinente al derecho a la presunción de inocencia considera que «la Sentencia del Tribunal Supremo confirma la regularidad de la valoración efectuada por la de la Audiencia Provincial al relacionar con detalle y exhaustividad los medios de prueba que tiene en cuenta para afirmar la autoría del actor, exponiendo ampliamente el contenido de la prueba documental, así como el examen de los propios acusados, y derivando de ello la existencia de una labor de 'ingeniería financiera' dirigida a enmascarar los beneficios obtenidos en operaciones mercantiles para defraudar a la Hacienda Pública, como muestra patentemente el hecho incontestable e inexplicable de la adquisición por parte de Pinyer de una sociedad cuyo único patrimonio lo constituyen cuantiosas pérdidas». Tampoco resulta admisible la objeción de que «los hechos que nacen de la prueba no pueden integrar un negocio jurídico simulado, sino un fraude de ley... ya que tal afirmación no constituye más que un pronunciamiento relativo a la calificación jurídico-privada del negocio en cuestión, que constituye un presupuesto de la figura penal por la que finalmente es condenado, y que se integra en la función jurisdiccional que en exclusiva compete a los Tribunales». Por lo demás, la invocación de la STC 120/2005, de 10 de mayo, «carece de toda relevancia... en tanto que ésta considera atípica penalmente la figura del fraude de ley, pero no la del negocio simulado».

b) En relación con la fijación del comienzo del plazo de prescripción, el alegato de la demanda oculta que las Sentencias recurridas «parten de la preexistencia de una primera sentencia dictada por la Audiencia Provincial... declarada nula en lo atinente al tema de la prescripción»,

con lo que el «tribunal sentenciador da por reproducidos en su segunda sentencia los hechos probados declarados tales en la primera, con lo que los incorpora plenamente a esta última resolución, estableciendo sin asomo de dudas como fecha inicial del cómputo la del 20 de junio de 1992». Tampoco es objetable el momento en el que se fijó la interrupción del plazo a la vista de la doctrina de la STC 63/2005, de 14 de marzo, pues se establece en el dictado del Auto de incoación de diligencias previas: «el carácter del Auto en cuestión y la posterior dinámica del proceso judicial seguido, confirman que mediante dicha resolución se dirigió el proceso contra el culpable». Además, entiende el Ministerio Fiscal que, según la STC 70/2001, de 17 de marzo, «basta entender dirigido el procedimiento contra el culpable en los delitos cometidos por una colectividad con que la investigación se dirija contra esa colectividad, aunque no exista designación nominal de los responsables criminales».

8. Del escrito de alegaciones de la representación del demandante de amparo, de 31 de agosto de 2007, procede reseñar la siguientes:

a) A partir sin duda de la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo sobre el negocio simulado, la STC 120/2005, de 10 de mayo, «llegó a la conclusión de que en el caso enjuiciado en ella no podía hablarse de simulación». El caso presente es idéntico, con lo que si ahora el Tribunal Constitucional aceptara la existencia de simulación negocial, «se daría la circunstancia de que unos mismos hechos serían y dejarían de ser simulación punible» para el mismo órgano.

b) En el caso que dio lugar a la STC 120/2005 los Tribunales penales negaron la existencia de negocio simulado y afirmaron la de fraude de ley, en tesis, en cuanto a la calificación, «acogida y ratificada por la STC 120/2005». En el caso presente, «idéntico» a aquél, tanto la Audiencia Provincial como el Tribunal Supremo han inferido la existencia de un negocio simulado, lo que sigue lesionando el derecho a la legalidad penal. «De lo contrario, bastaría con que los tribunales penales desarrollaran un concepto sui generis de simulación y calificaran como simulados cualesquiera negocios irregulares (pero reales) que conlleven una disminución del impacto tributario».

c) En relación con la fijación del término inicial del cómputo del plazo de prescripción, alega el recurrente que es doctrina del Tribunal Constitucional la del «principio de libre valoración de la prueba por parte de los órganos judiciales de instancia», sólo limitada «por el respeto a las reglas de la lógica, a los principios de experiencia y a los conocimientos científicos. De ahí que la competencia probatoria que se atribuye al Tribunal Supremo se reduzca a la revisión del discurso valorativo de la prueba».

d) Las últimas decisiones del Tribunal Supremo en materia de interrupción de la prescripción se desvinculan de la STC 63/2005, de 14 de marzo. En el mismo sentido se ha manifestado la Fiscalía General del Estado, mientras que, por el contrario, «las Audiencias Provinciales han acogido masivamente la tesis de la STC 63/2005». Este «estado de cosas en cuanto al vigente art. 132.2 CP no garantiza una aplicación del derecho en materia de prescripción penal conforme a la seguridad jurídica, la previsibilidad de las resoluciones judiciales y la igualdad», lo que mueve a la representación del demandante a reiterar su solicitud a este Tribunal de cuestionamiento de dicho precepto.

9. Mediante escrito de 25 de julio de 2007, el Abogado del Estado solicita principalmente la inadmisión de la tercera queja de amparo y la desestimación de las demás, y subsidiariamente, la «denegación íntegra del amparo».

a) Tras reseñar la improcedencia del *petitum* de la demanda relativo a la absolución del recurrente, alega

que la afirmación de la simulación negocial «constituye una actividad jurídica compleja». Se trata de un «juicio en el que resume una conclusión para llegar a la cual... han intervenido... la fijación de ciertos hechos... la interpretación de los hechos fijados... y finalmente el encuadramiento o subsunción razonados en una clase dogmática». A su entender «la fijación descriptiva de hechos efectuada en vía judicial es absolutamente vinculante para el Tribunal Constitucional salvo error patente; la interpretación de los hechos... ha de ser igualmente vinculante salvo manifiesta arbitrariedad o irrazonabilidad; y la clasificación dogmática efectuada en vía judicial ha de presumirse correcta, pero no puede estimarse vinculante, puesto que no cabe incluir esta operación intelectual en la noción "hechos que dieron lugar al proceso" empleada por el art. 44.1 b) LOTC». A partir de ello considera que «la operación de venta de acciones... ha sido calificada como negocio simulado de manera perfectamente razonable y fundamentada», pues «la compraventa carece... de toda lógica comercial» e incluso «de toda lógica desde el punto de vista de la llamada causa típica de los contratos sinalmáticos y onerosos de los que es paradigma la compraventa. Círculo era una sociedad de profesionales. Sin la presencia de éstos la sociedad no valía nada. Su adquirente, Pinyer, ni efectuaba antes ni realizó después de la compra una actividad similar... Su principal valor de mercado... es el de... ser portadora de bases imponibles negativas en el impuesto sobre sociedades... Pues bien, la venta de acciones de Círculo a "Pinyer era simple ficción negocial porque no podía ampararse en la causa típica de una compraventa: pagar un precio que, *grosso modo*, pueda estimarse equivalente de lo que se adquiere porque la cosa adquirida represente una utilidad o valor para el comprador... Tras la pantalla o ficción negocial de la compraventa de acciones, el contrato 'real' era simplemente, una vez vaciada patrimonialmente Círculo, traspasar las bases imponibles positivas de esta sociedad a Pinyer para que las compensara con las pérdidas acumuladas... En la voluntad de las partes, la transmisión de las acciones... pretendió, sin duda, ser real... Lo que no es real, sino simulado, es la correspondencia entre precio y acciones, que determina la inexistencia de una causa típica sería de la compraventa». Es lo mismo que sucede en el caso de simulación relativa consistente en la venta simulada que encubre una donación.

Por lo demás, la doctrina de la STC 120/2005, de 10 de mayo, no es aplicable a este caso, pues en aquél se descartó que existiera simulación.

b) En un segundo bloque alega el Abogado del Estado que «el carácter antieconómico de la operación no es un hecho, sino la valoración de un conjunto de hechos». Ciertamente ese carácter podría no bastar para entender que concurre una simulación defraudatoria, pero la Audiencia hace tal consideración en un determinado contexto en el que la calificación del negocio como fraude de ley y no como simulado no es más que una posible calificación alternativa.

Y así, si la calificación de simulación está razonablemente fundamentada, y con ello la de fraude, no puede afirmarse la existencia de una analogía in malam partem, con independencia de que «algunos pasajes de la sentencia de casación puedan ser más o menos afortunados... desde la perspectiva de la más depurada técnica jurídico-tributaria».

c) La cuestión de la prescripción, en fin, debería ser inadmitida en cuanto que ya fue juzgada y decidida en la primera Sentencia de casación, de 11 de marzo de 2003, y en cuanto que «la Agencia Estatal de Administración Tributaria tiene derecho a la intangibilidad de lo resuelto». Señala el Abogado del Estado que, en cualquier caso, la Audiencia sí determinó el *dies a quo* de la prescripción, y que hubo interrupción de la prescripción, «incluso atendida la doctrina de la STC 63/2005, de 14 de marzo... por

que el 19 de junio de 1997 tuvo lugar ese acto judicial que necesariamente estaba dirigido contra el Sr. Pasqual como persona expresamente nominada en la querrela del Ministerio Fiscal».

Por lo demás, se opone al Abogado del Estado al planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, que no tiene por función «emplazar al legislador para que amplíe y perfeccione el texto de un precepto legal». No puede ser «razón de inconstitucionalidad el hecho de que un precepto legal... haya dado lugar a cambios de jurisprudencia... La estabilización de criterios jurisprudenciales será, ante todo, responsabilidad del tribunal que los crea».

10. En respuesta a la correspondiente solicitud del Abogado del Estado, la providencia de la Sala Primera de 23 de enero de 2008 requiere testimonio de las diligencias previas del proceso que da lugar al presente recurso de amparo y certificación al Secretario de Justicia acerca de si el recurrente interpuso recurso de amparo contra la Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo 404/2003, de 12 de marzo, o contra el posterior Auto de la misma Sala denegatorio de la nulidad de actuaciones.

11. Expedidas las certificaciones solicitadas y recibido también el testimonio de actuaciones, la Sección Segunda concede un plazo de alegaciones a las partes y al Ministerio Fiscal (diligencia de ordenación de la Secretaría de Justicia de 22 de abril de 2008).

a) En su escrito de 29 de abril de 2008, el Abogado del Estado se ratifica en su solicitud de inadmisión de la tercera queja de amparo por su extemporaneidad. En relación con las actuaciones recibidas destaca la existencia de un informe del Jefe de la Unidad Regional de Delito Fiscal que afirma la irracionalidad económica de la operación y la utilización de la sociedad Pinyer como instrumento con finalidades fiscales.

b) La representación del recurrente registra su escrito el día 16 de mayo de 2008. En el mismo se ratifica en lo ya alegado anteriormente e invoca la doctrina de la STC 29/2008, de 20 de febrero, relativa a que la interrupción de la prescripción debe asociarse a «diligencias judiciales de investigación o de iniciación que supongan la existencia de un verdadero proceso jurisdiccional».

c) En su escrito de 18 de junio de 2008 el Fiscal confirma las conclusiones de su escrito precedente.

12. Mediante providencia de 23 de octubre de 2008 se señaló para deliberación y votación de la presente Sentencia el día 27 del mismo mes y año.

II. Fundamentos jurídicos

1. El recurrente ha sido condenado a, entre otras, una pena de nueve meses de prisión por la autoría de un delito de defraudación a la hacienda pública. En su demanda de amparo alega, en esencia, en primer lugar, que no ha quedado probado el carácter simulado de la compraventa que instrumentaría la conducta defraudatoria que se le atribuye. Invoca por ello como vulnerado su derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), y también, en segundo lugar, el derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE), puesto que considera que se ha subsumido su comportamiento como delito fiscal sin que concurra el elemento típico de la ocultación, o, al menos, de infracción de deberes tributarios. Si esta segunda queja de amparo trata de apoyarse en la doctrina de la STC 120/2005, de 10 de mayo, la tercera, atinente a que el delito había prescrito (arts. 24.1 y 25.1 CE), cita la STC 63/2005, de 14 de marzo. Entiende el recurrente no sólo que la fijación del dies a quo para el cómputo del plazo de prescripción ha sido efectuada en casación por el Tribunal Supremo y no, como resultaría procedente, por el Tribunal de instancia, sino que, en todo caso, el Auto de admisión de la

querrela que da lugar al procedimiento se habría dictado con aquel plazo ya cumplido. Como consecuencia de sus quejas solicita, además de la anulación definitiva de las Sentencias impugnadas, el cuestionamiento del art. 132.2 del Código penal (CP), regulador de la interrupción de la prescripción.

Al otorgamiento del amparo se oponen tanto el Ministerio Fiscal como el Abogado del Estado. Alegan para ello en sus respectivos escritos que, a diferencia de las Sentencias impugnadas en la STC 120/2005, de 10 de mayo, las ahora recurridas no califican la compraventa controvertida de fraude de ley sino de simulación negocial, y que, como tal catalogación está razonablemente fundada, deben negarse las aducidas vulneraciones de los derechos a la presunción de inocencia y a la legalidad penal. Respecto a la decisión de no acceder a la prescripción, coinciden de nuevo el Ministerio Fiscal y el Abogado del Estado en que concurre un acto de interposición judicial previo a la extinción del plazo de aquélla, cual es el Auto de incoación de diligencias previas. Y si el Abogado del Estado objeta previamente que estamos ante una queja extemporánea, resuelta ya en el proceso de amparo posterior a la primera Sentencia de casación, de anulación de la Sentencia absolutoria previa en razón precisamente de que no concurría prescripción del delito, el Ministerio Fiscal añade que la fijación del *dies a quo* no la realizó la Sentencia de casación ahora impugnada, sino que proviene de la primera Sentencia de la Audiencia Provincial, incorporada al respecto en la segunda y asumida luego por el Tribunal Supremo.

2. Las dos primeras quejas de la demanda abordan la misma cuestión desde dos perspectivas constitucionales diferentes. En las dos se impugna la calificación judicial como negocio simulado de la compra por parte de la sociedad Pinyer, S.A., de la totalidad de las acciones de la sociedad Círculo de Management y Control, S.A. Y en las dos quejas se considera que en ello reside la clave bien del sentido incriminatorio del relato de hechos probados, bien de su subsunción como conducta de defraudación tributaria.

Como los cánones de análisis de la vulneración de los derechos a la presunción de inocencia y a la tipicidad penal son diferentes, por mucho que puedan tender a converger en algunos de sus rasgos en torno al parámetro de razonabilidad, procede, en primer lugar, delimitar cuál es la perspectiva constitucional pertinente. Y en tal delimitación debe optarse por la segunda de las mencionadas. No se trata en rigor de la constatación de unos hechos a partir de las pruebas practicadas, o de la inferencia de unos hechos a partir de otros, sino de la valoración del sentido de los mismos en orden a su subsunción o no en la formulación típica que formaba parte de la acusación (la del art. 349 del Código penal de 1973). Los hechos atinentes a las operaciones societarias y mercantiles realizadas por las dos sociedades implicadas no son objeto de discusión como tales a partir de las pruebas practicadas. Lo que se discute en realidad es si cabe calificar los mismos como constitutivos de una «defraudación a la hacienda» en el sentido del art. 349 del Código penal de 1973. Lo que se discute es la interpretación de la norma aplicada y la subsunción de los hechos en la misma, cuestión que debe ser analizada desde la perspectiva del art. 25.1 CE.

3. El derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE) supone que nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que no constituyan delito o falta según la legislación vigente en el momento de tales conductas. Se quiebra así el derecho cuando la conducta enjuiciada, la ya delimitada como probada, es subsumida de un modo irrazonable en el tipo penal que resulta aplicado, bien por la interpretación que se realiza de la norma, bien por la operación de subsunción en sí. En tales supuestos la condena

resulta sorpresiva para su destinatario y la intervención penal es, amén de contraria al valor de la seguridad jurídica, fruto de una decisión judicial que rompe el monopolio legislativo en la definición de las conductas delictivas (por todas, SSTC 137/1997, de 21 de julio, FJ 6).

En el examen de razonabilidad de la subsunción de los hechos probados en la norma penal el primero de los criterios está constituido por el respeto al tenor literal de la norma, «pues el legislador expresa el mensaje normativo con palabras y con palabras es conocido por sus destinatarios. Este respeto no garantiza siempre una decisión sancionadora acorde con las garantías esenciales de seguridad jurídica o de interdicción de la arbitrariedad, pues, entre otros factores, el lenguaje es relativamente vago y versátil, las normas son necesariamente abstractas y se remiten implícitamente a una realidad normativa subyacente, y dentro de ciertos límites (por todas, STC 111/1993, de 25 de marzo), el propio legislador puede potenciar esa labilidad para facilitar la adaptación de la norma a la realidad (ya en la STC 62/1982, de 15 de octubre; ... STC 53/1994, de 24 de febrero). Debe perseguirse, en consecuencia, algún criterio añadido que, a la vista de los valores de seguridad y de legitimidad en juego, pero también de la libertad y la competencia del Juez en la aplicación de la legalidad (SSTC 89/1983, de 12 de marzo; 75/1984, de 27 de junio; 111/1993, de 25 de marzo), distinga entre las decisiones que forman parte del campo de decisión legítima de éste y las que suponen una ruptura de su sujeción a la ley... La seguridad jurídica y el respeto a las opciones legislativas de sanción de conductas sitúan la validez constitucional de la aplicación de las normas sancionadoras desde el prisma del principio de legalidad tanto en su respeto al tenor literal del enunciado normativo, que marca en todo caso una zona indudable de exclusión de comportamientos, como en su razonabilidad. Dicha razonabilidad habrá de ser analizada desde las pautas axiológicas que informan nuestro texto constitucional (SSTC 159/1986, 59/1990, 111/1993) y desde modelos de argumentación aceptados por la propia comunidad jurídica... Dicho de otro modo, no sólo vulneran el principio de legalidad las resoluciones sancionadoras que se sustenten en una subsunción de los hechos ajena al significado posible de los términos de la norma aplicada. Son también constitucionalmente rechazables aquellas aplicaciones que por su soporte metodológico –una argumentación ilógica o indiscutiblemente extravagante– o axiológico –una base valorativa ajena a los criterios que informan nuestro ordenamiento constitucional– conduzcan a soluciones esencialmente opuestas a la orientación material de la norma y, por ello, imprevisibles para sus destinatarios» (STC 137/1997, de 21 de julio, FJ 7; también, entre otras, SSTC 189/1998, de 28 de septiembre, FJ 7; 13/2003, de 28 de enero, FJ 3; 138/2004, de 13 de septiembre, FJ 3; 242/2005, de 10 de octubre, FJ 4; 9/2006, de 16 de enero, FJ 4; 262/2006, de 11 de septiembre, FJ 4).

No compete pues a este Tribunal la determinación de la interpretación última, en cuanto más correcta, de un enunciado penal, ni siquiera desde los parámetros que delimitan los valores y principios constitucionales. Y tampoco le compete la demarcación de las interpretaciones posibles de tal enunciado. De un modo mucho más restringido, y desde la perspectiva externa que le es propia como Tribunal no inserto en el proceso penal, nuestra tarea se constriñe a evaluar la sostenibilidad constitucional de la concreta interpretación llevada a cabo por los órganos judiciales. Tal sostenibilidad se refiere, como se señalaba en el fundamento anterior, al respeto a los valores de la seguridad jurídica y de la autoría parlamentaria de la definición de los delitos y las penas, y se traduce en la razonabilidad semántica, metodológica y axiológica de la interpretación judicial de la norma y de la subsunción legal de los hechos en la misma. Por ello forma parte del objeto de nuestro análisis la motivación judicial de tales interpreta-

ción y subsunción, pero no la argumentación del recurrente en favor de una interpretación alternativa, cuya evaluación de razonabilidad *per se* nos es ajena y sólo podrá ser tomada en cuenta en la medida en que incida en la irrazonabilidad de la interpretación judicial impugnada.

4. Con independencia de su mayor o menor rigor metodológico, y con independencia también de si supone una comprensión del texto típico más o menos restrictiva que otras alternativas posibles, juicios ambos que, como hemos subrayado ya, son ajenos a nuestra competencia, hemos de afirmar que no constatamos la objeción constitucional que *ex art. 25.1 CE* opone la demanda a la interpretación judicial realizada y a la subsunción consecuente a la misma.

El entendimiento de que concurre una defraudación típica –esto es, según la Sentencia de instancia, una conducta con «un cierto componente de engaño»– lo sustentan las resoluciones impugnadas en que el negocio de compraventa realizado tiene componentes de simulación, que se detectan a partir de la falta de lógica económica de la operación más allá de lo que pueda suponer el impago de tributos, y a partir del curso de una sociedad con importantes y pretéritas bases imponibles negativas. Insiste la Sentencia de casación en que el artificio, y con él el engaño, y con él la defraudación, consiste en la utilización de un tipo de negocio jurídico sin su causa propia, y sin causa alguna que no sea la elusión de impuestos. Esta comprensión de que concurre una defraudación penalmente típica por las características del negocio practicado, carente del equilibrio de contraprestaciones propio de la compraventa, por la índole peculiar del adquirente, y por el resultado final de impago de tributos, podrá resultar expansiva a los ojos del recurrente pero, y esto es lo único que ahora importa, no puede tildarse de irrazonable y por ello imprevisible para los destinatarios de la norma penal o constitutivo de una creación judicial del delito. No cae fuera del campo semántico del verbo «defraudar», que puede llegar a comprender la utilización de figuras jurídicas al margen de su finalidad propia y con causa en la elusión del pago de impuestos. No es tampoco el fruto de un razonamiento ilógico o ajeno a las pautas interpretativas asentadas en la comunidad jurídica, sin que en ningún caso lo sea el que se condicione de este modo la juridicidad de ciertas operaciones mercantiles, que serían sólo inicial y aparentemente regulares. Y no revela desde luego la utilización de valores o principios contrarios a la Constitución.

5. En la demanda de amparo y en el escrito de alegaciones, la representación del demandante invoca reiteradamente la STC 120/2005, de 10 de mayo, en apoyo de su pretensión de que no es posible sustentar la tipicidad penal de su conducta.

Cierto es que en aquella Sentencia se afirmaba, con cita de la STC 75/1984, de 27 de junio, que la figura del fraude de ley no puede utilizarse legítimamente para afirmar la tipicidad de una conducta que formalmente se situaba fuera de las fronteras del tipo aplicado. Es así constitucionalmente reprochable que se sancione con la pena propia de una conducta típica lesiva de un bien jurídico la lesión del mismo bien jurídico a través de una conducta atípica. Como afirmaba ya la STC 75/1984, la exigencia de tipicidad «se vería soslayada... si, a través de la figura del fraude de Ley, se extendiese a supuestos no explícitamente contenidos en ellas la aplicación de normas que determinan el tipo» (FJ 5). Y en frase conclusiva de la STC 120/2005, también para la utilización de la figura del fraude de ley respecto de las normas no penales que se integran en la norma penal, «la utilización de la figura del fraude de ley –tributaria o de otra naturaleza– para encajar directamente en un tipo penal un comportamiento que no reúne *per se* los requisitos típicos indispensables para ello constituye analogía *in malam partem* prohibida por el art. 25.1 CE» (FJ 4).

No es cierto, sin embargo, que en esta última Sentencia se llegara «a la conclusión de que en el caso enjuiciado en ella no podía hablarse de simulación», como afirma el demandante en su escrito de alegaciones. En la STC 120/2005, el Tribunal Constitucional, que no califica penalmente los hechos objeto de acusación, se limitó a constatar que «[n]i en una ni en otra Sentencia se consideró... acreditada la existencia, pretendida en todo momento por las acusaciones, de negocio simulado alguno, ni, por lo tanto, de engaño u ocultación maliciosa de cualquier género por parte de los acusados» (FJ 5), y que, además, el Tribunal de apelación consideró que se había producido un fraude de ley tributaria, y que «la utilización de un fraude de ley tributario, como mecanismo para eludir el pago de un tributo, integra la acción definida por el tipo de defraudar» (FJ 5).

A partir de esta constatación, la STC 120/2005 se limitó a afirmar que la argumentación judicial en la interpretación de la norma aplicada y en la subsunción de los hechos probados en la misma no tenía la razonabilidad suficiente como para salvaguardar el valor de la seguridad jurídica que informa el derecho a la legalidad penal, pues «la exigencia de previsibilidad de una condena a título de delito fiscal no queda satisfecha en aquellos supuestos en que dicha condena venga fundamentada exclusivamente en un comportamiento calificable como fraude de ley tributaria» (FJ 6). En concreto, la Sentencia de apelación carecía de análisis alguno acerca de «en qué manera podían considerarse realizados por la conducta del demandante de amparo los elementos subjetivos y objetivos necesarios para poder proceder a la aplicación del mencionado tipo penal»; y así, «junto al resultado perjudicial para los legítimos intereses recaudatorios del Estado había de darse el elemento subjetivo característico de toda defraudación, esto es, un ánimo específico de ocasionar el perjuicio típico mediante una acción u omisión dolosa directamente encaminada a ello» (FJ 5).

Resulta a todas luces diferente el objeto de la presente Sentencia, que no es, debe recordarse de nuevo, el enjuiciamiento penal de unos hechos, sino la argumentación de unas resoluciones judiciales a las que se les reprocha la, por irrazonable, sorpresiva catalogación penal de una conducta como típica del delito de defraudación fiscal. Y claro es que la conclusión penal final de las mismas de que se ha producido una conducta defraudatoria en el sentido del art. 349 del Código penal anterior no se sustenta ya, como en el objeto de la STC 120/2005, en la simple consideración de que se ha realizado un negocio jurídico en fraude de ley, consideración que ahora expresamente se niega, sino en la apreciación de que la compraventa de acciones efectuada tiene componentes de simulación que hacen que la conducta de su promotor reúna todos los caracteres típicos del delito de defraudación tributaria. Dicho en forma conclusiva: el objeto de esta Sentencia y de la STC 120/2005 son diferentes porque diferente es el razonamiento interpretativo y subsuntivo de las resoluciones impugnadas; no puede atenderse a la petición de que se aplique la doctrina constitucional en la presente Sentencia del mismo modo estimatorio que en la STC 120/2005 porque su objeto es diferente hasta el punto de que las Sentencias ahora recurridas niegan el punto de partida argumentativo de las Sentencias que fueron objeto de reproche constitucional en la STC 120/2005.

6. Las vulneraciones que la demanda relaciona con la decisión judicial de negar la prescripción pretendida por el recurrente son dos, de índole bien diferente. Si la primera alegación de la queja invoca sólo el derecho a la tutela judicial efectiva y se refiere al hecho de que el *dies a quo* del plazo de prescripción haya sido fijado en casación por el Tribunal Supremo y no en instancia por la Audiencia Provincial, la segunda alegación añade como vulnerado el derecho a la legalidad penal, y con apoyo en la STC 63/2005, de 14 de marzo, pretende que es irrazona-

ble negar que el acto de interrupción judicial de la prescripción acaeció con aquel plazo ya vencido. Antes de abordar separadamente estas dos alegaciones procede responder a la radical objeción del Abogado del Estado de que la queja es extemporánea.

Esta objeción, que parte de que la prescripción fue ya negada por una primera sentencia anulatoria del Tribunal Supremo y recurrida en su momento en amparo, no puede ser acogida. Ciertamente la primera Sentencia de la Sección Décima de la Audiencia Provincial de Barcelona de 19 de noviembre de 2001 determinaba ya los momentos de inicio y de interrupción del plazo de prescripción que constituyen el presupuesto de la decisión judicial ahora impugnada de negación de la prescripción. Y ciertamente tal determinación fue acogida por la posterior sentencia de casación (Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo 404/2003, de 21 de marzo), que fundamentaba la falta de prescripción en la falta de incidencia del plazo de prescripción tributaria (de cuatro años) en la prescripción penal (cinco años para el delito que se enjuiciaba). Pero no constituye sin embargo ahora un óbice procesal el que en los recursos de amparo interpuestos contra esta última Sentencia y contra el Auto posterior que denegaba la nulidad de actuaciones –resoluciones que no ponían fin al proceso penal y que eran en tal sentido interlocutorias– no se impugnara aquella determinación y sí sólo, por vía del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley, la falta de incidencia de la prescripción tributaria en la responsabilidad penal.

En efecto, con independencia ahora de cuál hubiera sido nuestra decisión sobre la tempestividad de una queja tal, pues de una queja respecto a una decisión interlocutoria se trata y la misma se rige, salvo excepciones, por el criterio de la espera al final del proceso penal (por todos, ATC 169/2004, de 10 de mayo), no es desde luego reprochable la conducta procesal del recurrente de no impugnar entonces en amparo lo que ahora sí impugna, pues, por una parte, no era esta cuestión de los términos del plazo de prescripción la que había provocado la revocación de su absolución y, por otra, cabía esperar aún una hipotética reconsideración de dichos términos en el proceso que se reabría. Procede recordar que «en casos de anulación de sentencias absolutorias con retroacción de actuaciones se puede o bien impugnar en amparo directamente dicha decisión, sin incurrir en falta de agotamiento, o bien esperar a que se dicte la nueva decisión por sí la misma fuera absolutoria, sin incurrir en extemporaneidad (STC 149/2001, de 27 de julio)» y que en tales casos «este Tribunal no ha objetado la tempestividad de la interposición del recurso de amparo tras la celebración de la nueva vista y el dictado de las posteriores resoluciones que ponían fin definitivamente al procedimiento judicial (así, STC 249/2005, de 10 de octubre)» (STC 23/2008, de 11 de febrero, FJ 2).

7. La primera alegación en torno a la decisión de prescripción centra su argumentación en la falta «de toda mención explícita y motivación» en la Sentencia de instancia acerca de la determinación de la fecha de comisión de delito, y en la imposibilidad procesal de que sea el Tribunal Supremo el que proceda a tal determinación «usurpando las competencias en materia de valoración de la prueba».

Tales argumentos no pueden ser acogidos. El último porque no es un argumento de constitucionalidad, sino de interpretación de la legalidad procesal. Ninguna tacha constitucional se alega para avalar que el Tribunal Supremo no pueda fijar el momento de comienzo del cómputo del plazo de prescripción: qué vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva se encuentra en ello o qué garantía esencial del proceso se echa en falta. Pero en todo caso, como destaca el Ministerio Fiscal, no ha sido el Tribunal Supremo el que primero ha fijado tal momento, ni lo ha hecho inmotivadamente. La segunda Sentencia de la Audiencia Provincial se remite expresamente para «la cuestión preliminar de

prescripción» a los razonamientos de la primera Sentencia del Tribunal Supremo (FD 2), y en esta primera Sentencia de casación, tras una pormenorizada fundamentación [FD 2 b)] se llega a una conclusión coincidente al respecto con la primera Sentencia de la Audiencia Provincial.

8. Pero la principal objeción al modo en el que los órganos judiciales negaron la prescripción del delito se refiere a la afirmación de que la misma interrumpió su plazo con el Auto de incoación de diligencias previas. Esta consideración, a juicio del recurrente, supone extender el art. 114 del Código penal anterior «más allá de su tenor literal y, sobre todo, de sus bases axiológicas», porque no puede entenderse que dicho Auto «dirija el procedimiento contra el culpable» por su falta de contenido material y de fundamentación jurídica.

Para la respuesta a esta última alegación hemos de recordar que el análisis constitucional de las decisiones que niegan la prescripción de un delito se rige por los parámetros propios del derecho a una tutela judicial efectiva, reforzada, en su caso, cuando lo que esté en juego sea una pena privativa de libertad, por la implicación del derecho a la libertad (STC 29/2008, de 20 de febrero, FJ 7). Este análisis se concreta, en primer lugar, en cuanto análisis de que se ha dispensado una tutela efectiva, en comprobar que la resolución impugnada esté motivada y sustentada «en una argumentación no arbitraria, ni manifiestamente irrazonable, ni incurso en error patente» (por todas, SSTC 63/2001, de 17 de marzo, FJ 7; 63/2005, de 14 de marzo, FJ 3). Habrá de comprobarse además, en segundo lugar, que la decisión judicial sea «conforme» con el derecho a la libertad (STC 24/2005, de 14 de febrero, FJ 3), «compatible» con él (STC 196/2005, de 18 de julio, FJ 4): que exprese o trasluzca «una argumentación axiológica que sea respetuosa» con su contenido (SSTC 63/2005, FJ 3; 34/2008, de 25 de febrero, FJ 3), lo que en materia de prescripción del delito comporta que «sea posible apreciar un nexo de coherencia entre la decisión adoptada, la norma que le sirve de fundamento y los fines que justifican la institución» (SSTC 63/2001, FJ 7; 11/2004, de 12 de febrero, FJ 2; 63/2005, FJ 4). Tales fines se relacionan con la evitación de la inseguridad que para los ciudadanos supone la latencia de la amenaza penal y con la provisión de una actuación penal «seria, rápida y eficaz, a fin de lograr satisfacer las finalidades de prevención especial que se le atribuyen» (STC 63/2005, FJ 4).

La aplicación de este canon a las Sentencias recurridas comporta la desestimación de la queja. La Sentencia del Tribunal Supremo explica que «según la interpretación del artículo 132.2 del Código penal que viene realizando la última línea jurisprudencial de esta Sala», «la resolución judicial que acuerda incoar diligencias previas interrumpe la prescripción... ya que lo relevante es la existencia de una resolución judicial que reviste la forma de Auto, en cuanto que tiene antecedentes de hecho, fundamentos jurídicos y parte dispositiva y contra el mismo cabe el recurso de reforma. Este Auto contiene la decisión judicial de investigar el hecho y perfilar la participación del denunciado o querellado», sin «que se pueda mantener, en estos tiempos, que la única forma de dirigir el procedimiento contra el culpable pase necesariamente por un procesamiento o por su imputación formal en el momento de la calificación de los hechos» (FD 10.8).

Resulta así notorio que no concurre no ya falta de motivación, error fáctico o ausencia de norma, sino tampoco irrazonabilidad manifiesta en la catalogación de un Auto de incoación de diligencias previas consecuentemente con una querrela como acto de dirección del procedimiento contra el querellado, máxime si se tiene en cuenta, con cita de nuevo de la STC 63/2001, que la norma aplicada «no especifica la calidad ni la intensidad» de la conexión requerida «entre las actuaciones procesales y quien finalmente resulta condenado para dar por interrumpida la

prescripción» (FJ 9). Y constatamos también que esta interpretación del inciso «desde que el procedimiento se dirija contra el culpable» (art. 114 del Código penal anterior) y la subsunción del citado Auto en el mismo no desconocen las finalidades de la institución de la prescripción de preservación de la seguridad y de las funciones de la sanción penal, a la vista de que se trata de una decisión judicial formalizada y específica que tiene por contenido la investigación penal solicitada.

La desestimación de esta tercera y última queja de la demanda nos aboca al fallo denegatorio del amparo previsto en el art. 53 b) LOTC.

FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido

Denegar el amparo solicitado por don Sebastián de Pasqual Coll.

Publíquese esta Sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid, a veintisiete de octubre de dos mil ocho.—María Emilia Casas Baamonde.—Jorge Rodríguez Zapata Pérez.—Manuel Aragón Reyes.—Pablo Pérez Tremps.—Firmado y rubricado.

18803 *Sección Cuarta. Sentencia 130/2008, de 27 de octubre de 2008. Recurso de amparo 8483-2005. Promovido por don Manuel Cerro Flores respecto a la Sentencia y al Auto de nulidad de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid que desestimó su demanda contra la Subsecretaría de Defensa sobre acceso al centro de formación de la Guardia Civil para ascenso a la escala ejecutiva.*

Supuesta vulneración de los derechos a la igualdad en el acceso a las funciones públicas y a la tutela judicial efectiva: STC 87/2008.

La Sección Cuarta del Tribunal Constitucional, compuesta por don Vicente Conde Martín de Hijas, Presidente, doña Elisa Pérez Vera y don Ramón Rodríguez Arribas, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 8483-2005, promovido por don Manuel Cerro Flores, representado por el Procurador de los Tribunales don Francisco Velasco Muñoz-Cuéllar y asistido por el Abogado don José Luis Fernández Arias, contra la Sentencia de 22 de abril de 2005 y el Auto de 17 de octubre de 2005 de la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, recaídos en el recurso contencioso-administrativo núm. 1062-2002 contra la Resolución de la Subsecretaría de Defensa de 11 de marzo de 2002. Ha comparecido el Abogado del Estado, en nombre de la Administración General del Estado, y ha intervenido el